

VU Research Portal

Case note: Hoge Raad (Witwassen: reikwijdte kwalificatieuitsluitingsgrond)

Borgers, M.J.

2014

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J., (2014). *Case note: Hoge Raad (Witwassen: reikwijdte kwalificatieuitsluitingsgrond)*, No. 77, Dec 17, 2013. (Nederlandse jurisprudentie; Vol. 2014).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

HR 19 november 2013, nr. 12/00899 E, HR 17 december 2013, nr. 11/03798, HR 17 december 2013, nr. 12/00625 en HR 17 december 2013, nr. 13/00265

M.J. Borgers

1. De hierboven afgedrukte vier arresten hebben betrekking op het toepassingsbereik van een eerder door de Hoge Raad geformuleerde kwalificatieuitsluitingsgrond met betrekking tot de strafbaarstelling van witwassen. Die kwalificatieuitsluitingsgrond ziet op de situatie waarin een verdachte een voorwerp heeft verworven of voorhanden heeft, terwijl dat verwerven of voorhanden hebben het rechtstreekse gevolg is van het begaan van het gronddelict door die verdachte. Een dergelijk verwerven of voorhanden hebben kan alleen worden gekwalificeerd als witwassen indien er sprake is van een gedraging die meer omvat dan het enkele verwerven of voorhanden hebben, en die een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen van de criminele herkomst van dat door eigen misdrijf verkregen voorwerp gericht karakter heeft (zie o.a. HR 8 januari 2013, *NJ* 2013/266 m.nt. M.J. Borgers en HR 18 juni 2013, *NJ* 2013/453 m.nt. J.M. Reijntjes).

2. In *NJ* 2014/75 overweegt de Hoge Raad dat de regels die ter zake van deze kwalificatieuitsluitingsgrond zijn geformuleerd ‘slechts betrekking [hebben] op het geval dat de verdachte voorwerpen heeft verworven of voorhanden gehad, terwijl aannemelijk is dat die voorwerpen afkomstig zijn uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf’. De beperking die hierin besloten ligt, is dat – behoudens de situatie van het medeplegen van witwassen (vgl. *NJ* 2013/266) – een *ander* dan degene die het gronddelict heeft begaan, geen beroep op de kwalificatieuitsluitingsgrond toekomt. De reden daarvoor is dat die kwalificatieuitsluitingsgrond beoogt een *automatische* verdubbeling van strafbaarheid te voorkomen. Daarom worden nadere eisen gesteld aan het verwerven en het voorhanden hebben indien dit ziet op het voorwerp dat afkomstig is uit het door de verdachte zelf begane gronddelict (zie ook onderdeel 3.2 van de conclusie van waarnemend A-G Wortel voor *NJ* 2014/76). Indien degene die voor witwassen wordt vervolgd, niet zelf het gronddelict heeft begaan, dreigt geen automatische verdubbeling en is er niet (daarom) een reden om nadere eisen te stellen aan het verwerven of het voorhanden hebben.

De Hoge Raad slaat hiermee duidelijk een piketpaal. Waar dat toe kan leiden, blijkt uit *NJ* 2014/76: reeds het gedurende 1 tot 1,5 minuten rijden in een auto waarvan men weet dat deze (door een ander) is gestolen – waardoor men die auto voorhanden heeft – kwalificeert als witwassen. Deze uitkomst is wat mij betreft niet zonder meer bevredigend, maar het is geenszins onbegrijpelijk dat de Hoge Raad niet als *algemene* eis wil stellen dat het verwerven of het voorhanden een op het daadwerkelijk verbergen of verhullen gericht karakter moet hebben. Dat is immers niet noodzakelijk om het risico van een automatische verdubbeling van strafbaarheid af te wenden, terwijl voor een verderstrekkend toepassingsbereik van de kwalificatieuitsluitingsgrond geen direct bruikbaar aanknopingspunt kan worden gevonden in de wetsgeschiedenis van de strafbaarstelling van witwassen. Vgl. nader mijn opmerkingen in *DD* 2013, p. 361-370.

3. Deze piketpaal heeft vermoedelijk ook anderszins betekenis. De Hoge Raad spreekt van ‘het geval dat de verdachte voorwerpen heeft verworven of voorhanden gehad’, daarmee de andere delictsge-

dragingen van artikel 420bis/420quater lid 1, onder b, Sr – overdragen, omzetten en gebruikmaken – ongenoemd latend. Dit laatste is relevant in het licht van de in de literatuur opgeworpen vraag of de kwalificatieuitsluitingsgrond ook ziet op die andere delictsgedragingen (vgl. *DD* 2013, p. 361-370 en Spijkerman & Bouwman in *NbSr Geannoteerd* 2013, 263). Een helder antwoord op die vraag wordt in de hierboven afgedrukte arresten niet gegeven. Zo valt het op dat de Hoge Raad in *NJ* 2014/74 alleen ten aanzien van het in de bewezenverklaring opgenomen voorhanden hebben van een geldbedrag een motiveringsgebrek van het gerechtshof constateert dat verband houdt met het niet-toepassen van de kwalificatieuitsluitingsgrond en dat de Hoge Raad aan het in de bewezenverklaring genoemde voorhanden hebben van de overige voorwerpen geen aandacht schenkt. Houdt dat ermee verband dat het voorhanden hebben van die voorwerpen vooral het resultaat is van het *omzetten* van de uit eigen misdrijf verkregen gelden en dus dat die voorwerpen middellijk afkomstig zijn uit dat misdrijf? Wellicht is dat het geval, al kan het – mede gelet op onderdeel 3.6 van de conclusie van A-G Machielse – ook zo zijn dat de Hoge Raad zich vanwege een kennelijke misslag in de bewezenverklaring (en misschien ook de niet meest handige inkleding van de tenlastelegging) zich bewust niet over die andere voorwerpen heeft uitgelaten, maar het oordeel daaromtrent verder aan de rechter na terugwijzing heeft willen laten. In *NJ* 2014/77 spreekt de bewezenverklaring van ‘verworven, voorhanden heeft gehad en/of omgezet’. Daarin had de Hoge Raad wellicht aanleiding kunnen vinden om de kwalificatieuitsluitingsgrond niet – onverkort – van toepassing te achten, ware het niet dat (ook) deze bewezenverklaring een misslag lijkt te bevatten. De Hoge Raad leest namelijk over ‘en/of omgezet’ heen en spreekt in rov. 3.4.1 alleen over verwerven en/of voorhanden hebben. Kortom: dat de Hoge Raad van opvatting is dat de kwalificatieuitsluitingsgrond geen toepassing vindt ter zake van het overdragen, omzetten en gebruikmaken, blijkt niet expliciet. Maar ik vermoed wel dat die opvatting ten grondslag ligt aan de formulering van rov. 2.4.1 in *NJ* 2014/75. Wanneer dat juist is, impliceert dat ook dat de kwalificatieuitsluitingsgrond eveneens geen toepassing vindt op het voorhanden hebben van voorwerpen die *middellijk* afkomstig zijn uit het door de verdachte begane gronddelict en die dus – na het begaan van dat gronddelict – zijn omgezet.

4. De belangrijkste vraag komt aan de orde in *NJ* 2014/77 en impliciet ook in *NJ* 2014/74. Die vraag betreft de gedetailleerdheid waarmee dient te worden vastgesteld dat het gronddelict door de verdachte is begaan. De kwalificatieuitsluitingsgrond vindt toepassing indien op grond van hetgeen de verdachte aanvoert dan wel uit de bewijsmiddelen blijkt, kan worden vastgesteld dat het in de tenlastelegging aangeduide voorwerp afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan misdrijf (vgl. ook rov. 2.4.2 in *NJ* 2014, 75). In *NJ* 2014/77 wordt door het openbaar ministerie betoogd dat de rechter, indien hij de kwalificatieuitsluitingsgrond toepast, het gronddelict ‘zoveel mogelijk dient te concretiseren voor wat betreft plaats, tijd en door de verdachte verrichte handelingen’. De Hoge Raad overweegt dat het recht die eis niet kent. Dat lijkt een helder oordeel. Maar waarom het recht die eis niet kent, en of het recht wellicht andersoortige eisen stelt aan de vaststelling dat de verdachte zelf het gronddelict heeft begaan, laat de Hoge Raad onvermeld.

5. Het openbaar ministerie is bevreesd voor de situatie waarin de rechter aanneemt dat het voorwerp dat de verdachte heeft verworven of voorhanden heeft, afkomstig is uit het door die verdachte zelf begane gronddelict (en de rechter dus toepassing geeft aan de kwalificatieuitsluitingsgrond), maar waarin tegelijkertijd dat gronddelict niet zodanig concreet blijkt dat de verdachte – alsnog – voor dat delict met succes kan worden vervolgd. Alsdan zou de verdachte de dans ontspringen. Een verdachte zou hierin mogelijk zelfs een – dubieuze – verweermogelijkheid kunnen vinden. Stel dat de

vervolgning ter zake van witwassen betrekking heeft op de situatie waarin het verwerven of voorhanden hebben ziet op een voorwerp waarvan het niet bekend is uit welk gronddelict het afkomstig is (en daarmee ook niet bekend is wie het gronddelict heeft begaan). Wanneer de verdachte dan ter terechtzitting – redelijk concreet, maar de details toch vaag houdend – zou aanduiden uit welk misdrijf het voorwerp afkomstig is en daarbij zou aangeven dat hij dat misdrijf heeft begaan, geeft dat wellicht aanleiding tot het toepassen van de kwalificatieuitsluitingsgrond, zonder dat vaststaat dat het vervolgen van de verdachte ter zake van het gronddelict (alsnog) tot een veroordeling zal leiden.

Of het ook echt zo'n vaart zal lopen, durf ik niet te zeggen. Maar geheel ongegrond lijkt de vrees van het openbaar ministerie niet. In de lagere rechtspraak pleegt soms op indirecte wijze te worden aangenomen dat een voorwerp uit een door de verdachte zelf begaan gronddelict afkomstig is. Het aantreffen van een grote hoeveelheid contant geld bij een verdachte, terwijl die verdachte actief blijkt of lijkt te zijn geweest met financieel lucratieve misdrijven, geeft dan aanleiding om aan te nemen dat dit geld afkomstig is uit door de verdachte zelf begane misdrijven, zonder dat die misdrijven heel concreet worden omschreven. Zo wordt in Rb. Rotterdam 24 september 2013, *ECLI:NL:RBROT:2013:7286* uit het feit dat naast contant geld ook een forse partij drugs is aangetroffen, terwijl de verdachte eerder voor het bezit van drugs is veroordeeld, afgeleid dat de verdachte in drugs heeft gehandeld en dat het geld uit die handel – en dus uit door de verdachte zelf begane misdrijven – afkomstig moet zijn. In Hof Amsterdam 2 oktober 2013, *ECLI:NL:GHAMS:2013:3188* wordt een vergelijkbare redenering gevolgd, maar dan op basis van het aantreffen van geld in combinatie met de vondst van op drugshandel duidende notities. In deze zaken zijn de gronddelicten niet zodanig nauwkeurig vastgesteld dat deze, bij wijze van spreken, zonder schending van artikel 261 leden 2 en 3 Sv op een tenlastelegging zouden kunnen worden opgenomen.

Opmerkelijk is dat de rechter in deze beide uitspraken de onttrekking aan het verkeer van het aangetroffen geld heeft gelast. Hoewel onttrekking aan het verkeer in het algemeen is toegelaten bij een ontslag van alle rechtsvervolgning (vgl. artikel 36b lid 1, onder 3, Sr), geldt op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad nu juist dat geld, ook wanneer dat een criminele herkomst heeft, gelet op zijn aard niet voor onttrekking vatbaar is (HR 8 maart 2005, *NJ 2007/437*). In het arrest van het Amsterdamse gerechtshof wordt subtiel opgemerkt dat deze rechtspraak 'thans aanvulling behoeft in het geval verdachte ontslagen wordt van alle rechtsvervolgning vanwege het voorhanden hebben van geld afkomstig uit eigen misdrijf'. Maar ligt het probleem werkelijk in de onmogelijkheid van onttrekking aan het verkeer van geld? Of heeft de rechter in deze zaken misschien wat al te makkelijk aangenomen dat de gelden afkomstig zijn uit door de verdachte zelf begane misdrijven, waardoor de kwalificatieuitsluitingsgrond een ongewenst effect sorteert?

6. De Hoge Raad lijkt, wanneer men kijkt naar *NJ 2014/74* en *NJ 2014/77*, weinig moeite te hebben met een indirecte en niet nader geconcretiseerde vaststelling van het door de verdachte begane gronddelict, al moet men waken voor het verbinden van verstrekkende conclusies aan deze arresten.

In *NJ 2014/74* heeft het gerechtshof geoordeeld dat het geldbedrag dat de verdachte voorhanden had, vooral afkomstig was uit de handel in illegaal vuurwerk die verdachte heeft gedreven. Op grond daarvan overweegt de Hoge Raad dat het gerechtshof onvoldoende heeft gemotiveerd waarom de kwalificatieuitsluitingsgrond geen toepassing vindt. Van belang lijkt te zijn dat de verdachte in dezelfde strafzaak is veroordeeld voor zowel het bezit van een zeer grote partij vuurwerk als de verkoop van substantiële hoeveelheden vuurwerk aan anderen, welke beide feiten zijn begaan in een betrekkelijk korte periode direct voorafgaand aan het aantreffen van het geldbedrag. De aan-

name dat dit geldbedrag – mede – afkomstig is uit de reeds bewezenverklarde handel in illegaal vuurwerk is dan bepaald niet gewaagd te noemen.

In *NJ 2014/77* zijn in de woning waar het geldbedrag van circa twee ton is gevonden, ook een ‘handelshoeveelheid’ drugs en aan drugshandel gerelateerde voorwerpen aangetroffen. Zonder dat te motiveren neemt het gerechtshof aan dat het grootste deel van het aangetroffen geldbedrag afkomstig is uit een door de verdachte begaan misdrijf. De Hoge Raad neemt dat oordeel, met een nadere aanduiding van dat misdrijf (‘cocaïnehandel’), tot uitgangspunt bij de beoordeling van het middel. Nu is er ook in deze casus niet veel fantasie voor nodig om een relatie te zien tussen het geld en handel in drugs. Maar waaruit die handel precies heeft bestaan en ook of de verdachte inderdaad degene was die – al dan niet tezamen met anderen – die handel heeft gedreven, is toch minder duidelijk dan in een casus als in *NJ 2014/74* het geval was. Hoe het openbaar ministerie die handel in drugs hier ten laste zou (hebben) kunnen leggen, is niet aanstonds duidelijk. Het lijkt erop dat de Hoge Raad daarin geen beletsel ziet om de toepasselijkheid van de kwalificatieuitsluitingsgrond aan te nemen.

7. Met de kwalificatieuitsluitingsgrond wordt beoogd ‘te voorkomen dat een verdachte die een bepaald misdrijf heeft begaan en die de door dat misdrijf verkregen voorwerpen verwerft of onder zich en dus voorhanden heeft, zich automatisch ook schuldig maakt aan het witwassen van dat voorwerp’ (rov. 3.3 in *NJ 2014/77*). De kwalificatieuitsluitingsgrond voorkomt, wanneer de verdachte gelijktijdig wordt vervolgd voor zowel het gronddelict als het witwassen, dat het strafmaximum op grond van meerdaadse samenloop wordt verhoogd. De kwalificatieuitsluitingsgrond werpt ook een dam op tegen een veroordeling voor zowel het gronddelict als het witwassen wanneer deze feiten niet gelijktijdig maar afzonderlijk zouden worden vervolgd. De bescherming die de kwalificatieuitsluitingsgrond biedt, is alleen nodig wanneer kan worden vastgesteld dat het witwassen ziet op het voorwerp dat de verdachte rechtstreeks heeft verkregen uit het door hemzelf begane gronddelict. Het komt mij voor dat dit gronddelict tamelijk concreet moet kunnen worden benoemd en ook dat het daderschap van de verdachte ten aanzien van dat gronddelict op meer dan een waarschijnlijkheidsoordeel moet berusten.

A-G Vegter brengt in zijn conclusie voor *NJ 2014/77* naar voren dat ‘het systeem van de wet’ zich er tegen zou verzetten dat de rechter ‘feit, tijd en plaats van het gronddelict’ vaststelt, wanneer dat gronddelict niet zou zijn omschreven in de op witwassen toegesneden tenlastelegging. Het bijzondere aan de kwalificatieuitsluitingsgrond is inderdaad dat voor de toepassing hiervan de voor de verdachte bezwarende vaststelling van het begaan zijn van een (grond)delict moet worden gedaan. Die vaststelling is echter niet bedoeld als pseudo-veroordeling ter zake van het gronddelict, maar geschiedt met het oog op een voor de verdachte gunstig resultaat: het voorkomen van een verdubbeling van strafbaarheid. Daarvoor zal wel met een redelijke mate van zekerheid moeten kunnen worden vastgesteld dat de verdachte het gronddelict heeft begaan waaruit het voorwerp afkomstig is. Dat vergt, zoals gezegd, dat dit gronddelict tamelijk concreet moet kunnen worden benoemd. Hoe gedetailleerd de rechter het gronddelict kan omschrijven, hangt daarbij mede samen met de informatie die in het dossier is opgenomen dan wel door de verdachte wordt aangereikt.

Aandacht vraagt ook de door A-G Vegter opgeworpen vraag naar de verhouding tot artikel 68 Sr. De strekking van de kwalificatieuitsluitingsgrond is uiteraard niet om de verdachte te ontheffen van zijn aansprakelijkheid ter zake van het gronddelict. Die grond heeft ‘slechts’ een sturende werking om bij de meest wenselijke kwalificatie uit te komen: het gronddelict en niet (tevens) witwassen. Stel nu dat de verdachte wordt vervolgd wegens witwassen, maar daarbij vanwege de kwalifica-

tieuitsluitingsgrond wordt ontslagen van alle rechtsvervolging. Het komt mij voor dat, ook indien bij de toepassing van de kwalificatieuitsluitingsgrond reeds tamelijk gedetailleerd is vastgesteld wat het gronddelict behelst, een daarop volgende vervolging wegens dat gronddelict niet spaak behoeft te lopen op artikel 68 lid 1 Sr. Nu de strekking van de kwalificatieuitsluitingsgrond kan worden betrokken bij de beoordeling van de juridische aard van de feiten, levert dit mijns inziens in principe geen ontoelaatbare dubbele vervolging op.

8. De kwalificatieuitsluitingsgrond beoogt ook te bevorderen dat ‘het door de verdachte begane (grond)misdrijf, dat in de regel nader is omschreven in een van specifieke bestanddelen voorziene strafbepaling, in de vervolging centraal staat’ (rov. 3.3 in *NJ* 2014/77). Vanuit dit gezichtspunt laat zich het beste verklaren waarom de Hoge Raad de in het cassatiemiddel bepleite opvatting niet volgt. Het is immers van belang, indien het openbaar ministerie vervolgt wegens witwassen, te weten in hoeverre er onderzoek is verricht naar het gronddelict en – daarmee samenhangend ook – wat de inzet van de vervolging is. In een zaak als *NJ* 2014/77 rijst toch de vraag of er nader onderzoek heeft plaatsgevonden naar drugshandel door de verdachte, dan wel of het openbaar ministerie heeft gekozen voor de ‘korte klap’ door zonder verder onderzoek alleen te vervolgen wegens het witwassen vanwege het aangetroffen geld (en het bezit van de aanwezige drugs en wapens). Wanneer het openbaar ministerie in zo’n zaak naar voren zou brengen dat de omstandigheden wellicht duiden op drugshandel door de verdachte, maar dat nader onderzoek daar geen of onvoldoende bewijs van heeft opgeleverd, ligt de toepassing van de kwalificatieuitsluitingsgrond niet voor de hand. Dat kan anders liggen wanneer geen enkele aandacht is besteed door politie en justitie aan het (mogelijke) gronddelict. Tegen deze achtergrond lijkt men in het oordeel van de Hoge Raad in *NJ* 2014/77 niet meer te moeten lezen dan wat er staat. Duidelijk is dat de Hoge Raad de door het openbaar ministerie voorgestane opvatting niet deelt – omdat daarin de lat te hoog wordt gelegd voor de rechter – maar de Hoge Raad laat zich daarbuiten niet (duidelijk) uit over de vraag welke eisen gelden ten aanzien van het oordeel dat het voorwerp dat zou zijn witgewassen, afkomstig is uit een door de verdachte zelf begaan gronddelict.

9. Al met al meen ik dat de onder 5 genoemde vrees van het openbaar ministerie, ook na de beslissing van de Hoge Raad in *NJ* 2014/77, niet bewaarheid behoeft te worden. Het ligt mijns inziens voor de hand dat de rechter alleen zal aannemen dat de verdachte zelf het gronddelict heeft begaan, indien vervolging ter zake van het gronddelict – mede bezien in het licht van de reeds door het openbaar ministerie ontvouwde activiteiten – in principe een haalbare kaart lijkt te zijn. Over de – eveneens onder 5 aangestipte – mogelijkheid van onttrekking behoeft men zich dan ook niet verder te bekreunen. De mogelijkheid van het ‘afpakken’ van het aangetroffen geld kan dan gewoon aan de orde komen bij de vervolging van het gronddelict. Overigens acht ik de kans dat de Hoge Raad tot de door het gerechtshof Amsterdam gewenste ‘aanvulling’ – lees: ommezwaai – zal komen, betrekkelijk gering. Immers, in HR 8 maart 2005, *NJ* 2007/437 heeft de Hoge Raad reeds betrokken dat uit de totstandkomingsgeschiedenis van de strafbaarstelling van witwassen niet blijkt dat de wetgever ervan is uitgegaan dat geld met een criminele herkomst vatbaar is voor onttrekking aan het verkeer. Het ligt niet voor de hand om dan juist in relatie tot de vervolging van witwassen de in *NJ* 2007/437 gekozen lijn weer te verlaten.